Die Laudatio auctoris im römischen Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät

der

Königlichen Universität Breslau

vorgelegt

und mit ihrer Genehmigung veröffentlicht

von

Rudolf Thiele,

Referendar in Ostrowo in Posen.

Breslau 1900.

Buchdruckerei Paul Förster, Breslau, Matthiasstrasse 29.

Seiner geliebten Mutter

sowie dem Andenken

seines theuren Vaters

in

Dankbarkeit und Verehrung.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546309_0083

Es sei mir gestattet, meinem hochverehrten Lehrer,

Herrn Geheimen Justizrath

Professor Dr. Leonhard

für die Anregung zu dieser Arbeit und das Wohlwollen, das er mir bewiesen hat, meinen verbindlichsten Dank auszusprechen.

Uebersicht.

Einleitung.

Was versteht das römische Recht unter dem Begriffe „auctor“?

I. Theil.

Ursprüngliche Bedentung der laudatio auctoris.

a) Die Quellen gebrauchen die Bezeichnung laudatio auctoris in enger Beziehung mit litisdenuntiatio.
b) Zweck der l. a. in diesem Sinne.
c) Welche Folgen hat es für den Successor, wenn der Auktor den Prozess als Prokurator übernimmt? Veranschaulicht durch lex 63 D. 42. 1.

II. Theil.

Welchen Sinn erhielt die l. a. durch l. 2. C. 3. 19?

a) Ist die Revindicatio gegen einen Detentor zulässig, oder statuirt l. 2 cit eine Ausnahme?
b) lex 2 C. 3 19.
   α) was bedeutet „debet statim . . .?“
   β) was ist die l. a. im prozessualen Sinne?
   γ) ist die l. a. auf Immobilien und dingliche Klagen beschränkt?
c) Praktische Anwendung der l. a.

Schluss.

a) Welche Gestalt hat die laudatio auctoris im modernen Civilprozessrecht erhalten.
b) Kennt das französische Recht ein ähnliches Institut?

In der Litteratur der Pandekten finden wir bei Behandlung der Eigenthumsklage stets das Institut der laudatio auctoris erwähnt. Alle Pandektenlehrer stehen auf dem Standpunkt, dass die laudatio auctoris auf l. 2. C. 3. 19 beruhe, und dass sie für den Fall gegeben sei, dass jemand als Besitzer einer Sache verklagt werde, die er im Namen eines Dritten besitzt. Ein solcher Beklagter brauche dann nur seinem Auktor den Streit zu verkünden und ihn zur Erklärung zu laden, um dadurch von der Klage frei zu werden. So Dernburg Pand. V. Aufl. I. Bd., § 225, Windscheid Pand. V. Aufl. I. Bd., § 196 Anm. 6, Arndts Lehrbuch d. P. VII. Aufl. I. Bd. § 332 Anm. 3 I, Puchta Vorlesungen VI. Aufl. I. Bd. § 168[3] und andere.

Sehen wir uns nun die Quellen an, so findeu wir, dass der Ausdruck laudare auctorem sehr oft gebraucht ist, so z. B. in l. 63 D. 21.2; l. 6 § 5 D. 19.1; c. 7. u. 14 C. 8.45, cfr. Welzell System des ordentl. Civilproz. I. Bd. III. Aufl. S. 52 Anm. 27a; keineswegs besagt aber dieses laudare auctorem dasselbe, was l. 2 C. 3.19 mit „dominum nominare" bezeichnet und was die Pandektenlehrer unter dem Ausdruck verstehen.

Es verlohnt sich daher sehr wohl, einmal festzustellen, was eigentlich laudatio auctoris ursprünglich bedeutet hat, in welchem Sinne Konstantin von nominare dominum spricht und ob im heutigen Prozessrecht noch Anklänge an die römische laudatio auctoris zu finden sind. —

Zunächst die Frage, wer ist eigentlich Auktor in den Quellen? — Einen Anhalt für die Begriffsbestimmung des Wortes auctor giebt uns Ulpian fr. 175 §. 1 D. 50. 17. Dort sagt er nämlich: „Non debeo melioris condicionis esse quam auctor meus, a quo ius in me transit.“ Es wäre also auctor derjenige, dessen Recht auf einen anderen übergegangen ist. l. 15 § 1. D. 44, 3 nennt den Verkäufer auctor, l. 5 D. 44. 3 den Schenker oder den Begründer eines Legats. Heumann (Handlexikon zu den Quellen des röm. Rechts) nennt Auktor denjenigen, der ein ihm zustehendes Recht auf einen anderen übertragen hat; „Vorgänger im Rechte, Gewährsmann.“ Pernice (Labeo I p. 186) sieht in dem Auktor denjenigen, „welcher eine mangelnde Willenserklärung vermehrt, voll macht; es sei der Gewährsmann Garant eines rechtliche Aktes.“ Nach Bechmann (Kauf I S. 112) ist „auctor in Beziehung auf den Mancipationskauf derjenige, welcher durch sein Hinzutreten dem Geschäfte eine qualitativ gesteigerte Wirksamkeit verleiht u. s. w.“ Eine allgemeinere Definition des Wortes auctor finden wir bei Donnellus (comm. ad. tit. Dig. de eviction. et duplae Tom X. p. 1348) „auctorem enim appellamus venditorem, et generaliter quisquis est, a quo rem ex venditione, donatione, permutatione, aut alia qua iusta causa nobis traditam accepimus, qui nobis habendi scilicet et possidendi causam et initium dedit. Denique qui cur rem haberemur nobis auctor est.“ Im Eviktionsprozess ist der zur Eviktion verpflichtete der Auktor, oder wie Fuchs (Lehre von der Litisdenuntiation S. 3 Anm. 3) sagt: „Auktor ist der Vorgänger im Besitze eines Rechts, mit der Nebenbedeutung, dass er zufolge der Natur des den Rechtsübergang vermittelnden Rechtsgeschäfts für die Wirksamkeit des übertragenen Rechtes zu garantiren hat. In lex 63 D. 42.1 ist unter „sequens“ gegenüber dem cui primum actio competit, der Auktor gemeint. Und aus den Beispielen dieser Stelle erhellt dann, dass der Pfandschuldner, der Verkäufer, die Ehefrau oder der Schwiegervater die Auktoren sind. Hier ist demnach Auktor der Vorgänger in

einem Rechte. Konstantin (l. 2 C. 3.19) nennt den Auktor „dominus“ und versteht darunter den Vorgänger in der thatsächlichen Innehabung.

Aus all' dem Angeführten geht hervor, dass auctor stets der Vorgänger in einer vortheilhaften Lage ist. Sei es der Vorgänger in einem Rechte, oder aber der Vorgänger in einer thatsächlichen Gewalt.

Nun finden wir den Ausdruck auctor so oft in Verbindung mit laudare gebraucht. Diese Redewendung tritt uns hauptsächlich im Titel „de evictionibus“ entgegen.

So heisst es in l. 63 § 1 D. 21.2:

„Gaia Seia fundum a Lucio Titio emerat, et quaestione mota fisci nomine auctorem laudaverat et evictione secuta fundus ablatus et fisco adiudicatus est, venditore praesente: quaeritur, cum emptrix non provocaverat, an venditorem poterit convenire. Herennius Modestinus respondit, sive, quod alienus fuit cum veniret, sive quod tunc obligatus, evictus est, nihil proponi, cur emptrici adversus venditorem actio non competat.“

Es handelt sich hier um ein einfaches Beispiel der Eviktionspflicht. Seia hat von Titius ein Grundstück gekauft und diesen als auctor laudirt, als ihr der Fiskus das Grundstück evinciren will. Trotz des Beistandes des Auktors wird das Grundstück im Eviktionsprozess dem Fiskus zugesprochen, und nun kann Seia von ihrem Auktor Regress fordern, auch für den Fall, dass sie nicht appellirt.

Sehen wir uns den Wortlaut der Stelle etwas genauer an, so kommen wir zu folgendem Schluss; Ein Eviktionsprozess ist anhängig und kommt zur Entscheidung „praesente auctore.“ Selbstverständlich muss der Auktor von dem Prozess Kenntniss haben, damit man von praesens reden kann. Diese Kenntniss erhielt er durch die sogenannte Streitverkündung, die litisdenuntiatio des römischen Rechts. Unsere Stelle nennt aber diese Benachrichtigung des Auktors „laudare auctorem.“ Es ist somit der Schluss berechtigt, dass dieses laudare auctorem einen ähnlichen Sinn, wie litem denuntiare hat.

Betrachten wir noch einige Stellen mit der Wendung laudare auctorem. l. 6 § 5. D. 19.1 besagt: „Si tibi iter vendidero, ita demum auctorem me laudare poteris, si tuus fuerit fundus, cui adquirere servitutem volueris: iniquum est enim me teneri, si propter hoc adquirere servitutem non potueris, quia dominus vicini fundi non fueris.“ Auch hier ist lediglich von der Möglichkeit einer laudatio auctoris beim Kauf die Rede. Eine weitere Stelle l. 7 C. de evict. VIII. lautet: „Auctore laudato si evicta res est, fideiussorem etiam si agi causam ignoraverit, conveniri evictionis nomine posse non ambigitur.“ Und l. 14 C. h. t.: „Sive possessio venditoris fuit, filius eiusdemque patris heres frustra quaestionem movet, sive non patris sed filii eius possessio fuit, de qua iure hereditario auctor laudari potest, controversiam movere non potest.“

Eins geht aus allen den angeführten Stellen ohne weiteres hervor: Alle Stellen behandeln Eviktionsfälle, gerade in diesen Fällen wird von laudare auctorem gesprochen. Wir können daraus entnehmen, dass der Ausdruck laudare auctorem hauptsächlich auf den Evictionsprozess bezogen gewesen ist.

Meines Erachtens nun, ist die laudatio auctoris ursprünglich eine gewisse Art der Litisdenuntiation gewesen.

Welzell a. a. O. p. 52 Anm. 27a und andere Juristen halten den Ausdruck laudatio auctoris für gleichbedeutend mit litisdenuntiatio. Der weitere Verlauf unserer Abhandlung ergiebt jedoch die Unrichtigkeit dieser Behauptung. Bayer (Vorträge über den ordentlichen Prozess 7. Aufl. S. 60) wiederum meint, dass nur in l. 63 § 1. D 21. 2 die laudatio auctoris gleichbedeutend mit der Litisdenuntiation sei; doch dürfte diese Annahme wohl eine nicht quellenmässige sein. Denn sollte den übrigen oben angeführten Stellen der später übliche Sinn der laudatio auctoris zu Grunde liegen, so möchte ich nur fragen, wie Bayer in den cit. Stellen einen possessor alieno nomine herausfinden will! In den angeführten Stellen ist aber überall nicht von einem possessor alieno nomino die Rede und somit der

Beweis erbracht, dass ursprünglich der Ausdruck laudatio auctoris einen anderen Sinn haben musste, als den später üblichen.

Vom sprachlichen Standpunkt betrachtet, bedeutet laudare soviel wie invocare, appellare, anrufen, herbeirufen. Schon daraus ist ersichtlich, dass die laudatio auctoris weiter geht als die litisdenuntiatio. Denn die letztere bedeutet eigentlich nur Streit verkünden und erst der Zweck derselben ist, den Denuntiaten zum Beistand aufzufordern. (cfr. Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. 2 und 3. Fuchs die Lehre von der Litisdenuntiation S. 411 bezw. 2). Letzteres ist aus den Quellen klar ersichtlich, da l. 29 § 2 D. de evict. 21. 2 von „adesse" und l. 62 § 1. D. h. t. von „defendere" sprechen. Ganz übersichtlich hat Cuiacius (in tit. de. eviction. lib. VIII Tom IX p. 1295) den Zweck der Litisdenuntiation geschildert. Er sagt: „Re evicta emptori non aliter datur regressus ad venditorem, quam si lite mota emptori, iudicio in rem emptor auctori suo, id est venditori, denuntiaverit, ut de ea re agenda adesset."

In welchem Verhältnis nun die laudatio auctoris zur litisdenuntiatio steht, das scheint Donellus (Tom. III. p. 780 XII) anzudeuten. Er sagt nämlich unter anderem: „. . . . laudare auctorem suum, id est denuntiare venditori sibi litem motam, et petere ut agendam causam adsit. Id si non facit, placet venditorem ei ob evictionem non teneri." Donellus scheint also die laudatio auctoris in zwei Momente zu gliedern: einmal in ein „denuntiare" und dann in das „petere ut adsit." Er hält demnach die laudatio auctoris mit der litisdenuntiatio nicht für identisch.

Die ursprüngliche Bedeutung der laudatio auctoris ist meines Erachtens folgende:

Wenn ein Prozess anhängig war, der einen Evictionsanspruch begründete, so nahm der Evictionsberechtigte zur Sicherung seines Anspruches die Litisdenuntiation vor. Wann letztere vorzunehmen war, sagt Pomponius fr. 29 § 2. D. 21. 2: „quolibet tempore venditori renuntiari potest, ut de ea re agenda adsit, quia non praefinitur certum tempus

in ea stipulatione, dum tamen ne prope ipsam condemnationem id fiat;“ und Fuchs (a. a. O. Seite 414) „die Litisdenuntiation müsse so früh geschehen, dass dem Denuntiaten der Gebrauch seiner Vertheidigungsmittel noch möglich sei.“ Dasselbe sagt auch Donellus Tom. III. p. 780: „ . . . quo tempore denuntietur venditori, ut de re agenda adsit, statimne, an post litem contestatam, nihil refert: dummodo denuntietur tempestive ante rem iudicatam, ut sit venditori satis temporis ad expediendas sui iuris defensiones.“

Erschien nun der benachrichtigte Auktor in iure, so kam erst jetzt die laudatio auctoris zur Anwendung. Der erschienene Auctor wurde mit den Worten: „Quando te in iure conspicio, postulo anne fuas auctor“ zur Erklärung resp. Beistand aufgefordert.[1]) Die Worte „postulo anne fuas auctor“ sind auch nur zu übersetzen: „ich stelle das Ansinnen an dich, ob du meinen Auktor machen willst.“ — siehe Bechmann Kauf I S. 112 und Lenel, edictum perpetuum S. 227 Anm. 2.

Der auctor musste daher im Prozess erschienen sein, damit die Worte auf ihn anwendbar waren.

War der Auktor aber nicht erschienen, dann konnte von einer laudatio auctoris nicht die Rede sein; der Anspruch des Eviktionsberechtigten war zwar durch die Litisdenuntiation gesichert, aber eine Pflicht zur Uebernahme des Prozesses entstand erst durch die laudatio auctoris.

War der Auktor nun erschienen, erklärte aber, ich bin nicht dein Auktor, dann war der Zweck der laudatio auctoris in gewissem Sinne vereitelt. In beiden Fällen sprach man daher von „auctoritatem defugere“ cfr. Bechmann a. a. O. S. 116; Eck, die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums S. 8; und Lenel, edictum perpetuum S. 425. Erklärte der Auktor jedoch „auctor sum,“ dann war er auch, vermuthlich schon nach den XII Tafeln, zur Uebernahme des Prozesses verpflichtet, zu mindesten

[1]) Diese Formel finden wir bei Cicero pro Murena 26; pro Caecina 54; und Probus, de not. iuris fragmenta, collatio II. ed. Krüger 4,7.

aber zum Beistand verbunden. Dieses Beistehen bezeichnete man mit „subsistere.“ (Bechmann a. a. O. p. 116).

Meiner Meinung nach ist dies der ursprüngliche Sinn der laudatio auctoris. Vielleicht enthält l. 63 § 1. D 21. 2 eine Bestätigung unserer Ansicht. Da heisst es nämlich: „Gaia Seia fundum a Lucio Titio emerat, et quaestione mota fisci nomine auctorem laudaverat et evictione secuta fundus ablatus et fisco adiudicatus est, venditore praesente.....“ Ich schliesse nun aus dem „praesente“, dass der Auctor erschienen war und durch die laudatio auctoris aufgefordert, Beistand geleistet hat, nachdem er wohl erklärt hatte, ich bin der Auktor!

Cicero pro Caecina 54 bezeichnet die Formel „quando te in iure u. s. w. als „actio in auctorem praesentem.“

Hieraus hat Bekker Actionen, II. S. 131, gefolgert, es handle sich um eine förmliche „actio“. Dass dies falsch ist, folgt ohne weiteres aus dem Worte „praesens“. Denn gegen einen Abwesenden kann nicht geklagt werden, was hätte daher das Wort praesens für einen Sinn? Von einer wirklichen actio kann bei der Formel nicht die Rede sein; die Bezeichnung derselben mit „actio in auctorem praesentem“ hat keinen inneren Grund.

Lenel E. P. S. 427 sagt: „Die bekannten Formelworte der „actio in auctorem praesentem“ quando u. s. w. sind nichts anderes als die gerichtliche Form der denuntiatio, (— nach unserer Ausführung nichts anderes als die laudatio auctoris —) wie der Legisactionsprozess sie bei Erscheinen des auctor forderte.“ [2]) Hieraus darf nicht gefolgert

[2]) Von der „actio in auctorem praesentem“ ist die „actio auctoritatis“ zu unterscheiden. Diese ist eine wirkliche Klage und wurde angestrengt gegen den Auktor falls er „auctoritatem defugit.“ Sie war pönalen Charakters, ging auf das Doppelte und wurde im Sakramentsprozess verhandelt. Sie musste also eine ganz andere Fassung haben als die erwähnten Formelworte. Das Nähere siehe Bechmann a. a. O. S. 116; Pernice Labeo III. 1. S. 115; Lenel E. P. S. 424; und Eck a. a. O. S. 9. Die Quellen sprechen zwar nirgends von einer actio auctoritatis, in Rudorffs E. P. fehlt diese actio völlig und Danz (die auctoritas, Seite 23) bestreitet die Existenz derselben, doch ist hier nicht der Ort, auf diese Streitfrage näher einzugehen.

werden, dass diese laudatio auctoris auf den Legisactionsprozess allein beschränkt war. Meines Erachtens kam sie ebenso gut im Formularprozess vor. Der Auktor wurde durch eine formlose Denuntiation benachrichtigt, und wenn er erschien, mit den Worten „quando u. s. w.“ angeredet. Siehe auch Lenel E. P. S. 427, welcher eine Fiktion hier annimmt.

In welcher Form der Auktor dem Prozesse beitrat, das sagen die Quellen. So spricht l. 29 § 2 D. de evict. 21. 2 von „adesse“, l. 62 § 1 h. t. und l. 49 pr. D. 5. 1 von „defendere;“ l. 20 C. de evict. 8. 44 (45) von „adesse ac defendere causam,“ l. 21 h. t. „assistere causamque instruere.“ Alle diese Stellen behandeln den Fall, dass der Auktor der Partei nur Beihilfe leistete. Er trat somit nur neben die Partei und konnte also nur mit oder neben der Partei vor Gericht auftreten. Ein Wechsel der Parteirollen trat nicht ein, sein Vorbringen galt als Vorbringen der Partei. (cfr. Fuchs im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. III. S. 5.)

Ganz anders gestaltete sich das Rechtsverhältniss, wenn der Auktor die defensio auf sich nahm, und somit als cognitor oder procurator in rem suam den Prozess führte. Denn hier trat er an die Stelle des eigentlichen dominus; alle durch den Prozess begründeten Rechtsverhältnisse bezogen sich auf ihn; die condemnatio wurde auf ihn gerichtet (siehe Fuchs a. a. O. S. 7), im Prozesse selbst handelte es sich jedoch nur um das Recht des Klägers dem Successor gegenüber. L. 4 § 5 D. de appell. 49. 1 sagt: „lite contestata procurator litis dominus efficitur.“

Die Bestellung zum Procurator konnte sowohl vor, als nach der Litiskontestation erfolgen, siehe l. 16 D. 3. 3 und l. 17 D. eod.; allein erst durch eine neue mit dem procurator vorgenommene litiscontestation wurde die „res sua“. So l. 11 D. 44. 3: „. . . . litis contestatione res procuratoris fit, eamque suo iam quodam modo nomine exequitur.“

Durch die Litiskontestation ist also der Rechtsstreit auf den Prokurator übergegangen und wird mit ihm zu Ende geführt. Welche Folgen dies für den ersten dominus hatte, das erhellt l. 22 C. de proc. 2. XII (XIII): Procuratoribus institutis et post contestatam litem dominis effectis, ii qui mandaverant non habeant facultatem negotia persequendi, nisi capitales inimicitiae vel morbus vel alia necessaria causa intercesserit: tunc enim etiam invitis his transferri lis potest." Es ist also gesagt, dass der Besteller des Prokurators nach der Litiskontestation nur in ganz besonderen Fällen den Rechtsstreit selbst durchführen kann. Grundsätzlich konnte er dies nicht mehr, es stand ihm nur frei „causae adesse". So l. 69 D. 3. 3.

Dass es überhaupt häufig vorkam, dass der Auktor zum Procurator in rem suam bestellt wurde, das ersehen wir aus l. 49 p. D. 51; l. 21 § 2 D. 21. 2; und l. 63 D. de re iud. 42. 1.

Gerade lex 63 D. de re judicat. XLII. 1 ist für unsere bisherige Ausführung von grosser Wichtigkeit, da sie die Folgen veranschaulicht, welche für den Successor daraus entstehen, dass er den Auktor zum Prokurator bestellt. Die lex 63 hat bis jetzt noch keine befriedigende Auslegung erfahren. Man hat sie auf alle mögliche Art auszulegen versucht, ohne jedoch auf den einfachen mit Rücksicht auf unsere vorhergehende Ausführung so naheliegenden Gedanken zu kommen, dass lex 63 den Fall der laudatio auctoris im Sinne, den die Pandektenstellen mit diesem Ausdruck verbinden, behandelt. Ich benutze daher diese Ausführung, um eine genauere Auslegung dieser lex hier einzuflechten.

Der Text lautet nach der Florentina also folgendermassen: „Saepe constitutum est, res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare. Quod tamen quandam distinctionem habet; nam sententia inter alios dicta aliis quibusdam etiam scientibus obest: quibusdam vero, etiam si contra ipsos iudicatum sit, nihil nocet.

Nam scientibus nihil praeiudicat, veluti si ex duobus

heredibus debitoris alter condemnatur: nam alteri integra defensio est, etiam si cum coherede suo agi scierit. Item si ex duobus petitoribus alter victus adquieverit alterius petitioni non praeiudicatur: idque ita rescriptum est.

Scientibus sententia quae inter alios data est, obest, cum quis de ea re, cuius actio vel defensio primum sibi competit, sequenti agere patiatur: veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dote acceptae, aut possessor venditorem de proprietate rei emptae: et haec ita ex multis constitutionibus intellegenda sunt.

Cur autem his quidem scientia nocet, superioribus vero non nocet, illa ratio est: quod qui scit coheredem suum agere, prohibere eum, quo minus uti velit, propria actione vel defensione utatur, non potest: is vero, qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei, quamvis inter alios iudicatae summovetur, quia ex voluntate eius de iure, quod ex persona agentis habuit, iudicatum est. — Nam et si libertus meus, me interveniente, servus vel libertus alterius iudicetur, mihi praeiudicatur.

Diversa causa est, si fundum a te Titius petierit, quem ego quoque, sed non ex persona Titii ad me pertinere dico: nam quamvis contra Titium, me sciente, iudicatum sit, nullum tamen praeiudicium patior: quia neque ex eo iure, quo Titius victus est, vindico, neque potui Titio intercedere, quo minus iure suo utatur; sicuti et de coherede supra diximus."

Der Jurist Macer spricht am Eingang der Stelle den Satz aus, dass das Urtheil nicht über die Parteien hinaus Rechtskraft erlangt. Dieser Satz wird gewissermassen als oberste Grundregel vorangestellt, hinterher werden aber gleich zwei Ausnahmen angeführt, die in einem gewissen Gegensatz stehen: nämlich einmal schadet das Urtheil gewissen Personen, wenn sie Kenntniss vom Prozess haben, in anderen Fällen dagegen, wird es selbst nicht einmal unter den Parteien rechtskräftig. Auf diesen zunächst hier

ausgesprochenen Gegensatz geht Macer im Verlauf der Stelle nicht mehr ein, sondern schränkt die erst aufgestellte Behauptung scientibus nocet ein, indem er sagt: „quibusdam scientibus non nocet.“

Er kommt also auf das von ihm aufgestellte Grundprinzip wieder zurück und untersucht, für welche Fälle das Urtheil erweiterte Rechtskraft habe, für welche nicht. — Diesen Gedankensprung Macers haben viele nicht erkannt und daher durch künstliche Textänderungen sich zu helfen gesucht. Zumeist hat man aus dem Text selbst Gründe herauszulesen gesucht, welche eine Erklärung für die erweiterte Rechtskraft des Urtheils Dritten gegenüber geben sollten. Hatte man sodann die Gründe aufgebaut und prüfte dann die Beispiele darauf hin, so kam man immer zu der Einsicht, dass ein Beispiel nicht hineinpasst. Infolgedessen sah man sich vor die Alternative gestellt: entweder das ganze Prinzip fallen zu lassen und die falschen Beispiele festzuhalten, oder aber das Prinzip als rezipirt zu erachten und das damit nicht übereinstimmende Beispiel fallen zu lassen. Vergl. Binding im Archiv für civil. Praxis Bd. 47 S. 275.

Es handelt sich nämlich um das Beispiel vom Pfandgläubiger: „si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris.“

Binder (die subjectiven Grenzen der Rechtskraft S. 32) hat für die Rechtskraftwirkung nach l. 63 drei Voraussetzungen aufgestellt;

1. der Dritte muss Kenntnis vom Prozess haben,
2. er muss sein Recht von der Partei ableiten,
3. er muss die Partei am Prozesse hindern können.

Auf das Beispiel vom Pfandgläubiger waren zwei dieser Voraussetzungen nicht anwendbar. Ausserdem aber spricht lex 63 von „proprietate pignoris.“ Das Beispiel schien sonach nicht in lex 63 hinein zu passen. Da hat Binding a. a. O. nachzuweisen gesucht, dass Macer nicht den hypothekarischen oder den Faustpfandgläubiger vor Augen

gehabt hat, sondern lediglich den creditor fiduciarius; dann stimmte das Beispiel zu den Uebrigen. Und hieraus folgert Binder a. a. O. S. 34: „dass die Stelle nur Fälle der Eigenthums-Uebertragung im Auge hat, nicht aber einen bloss konstitutiven Erwerb dinglicher Rechte.“ Diese Ansicht wird auch von Binding a. a. O. und Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen, S. 107, getheilt.

Meine Auffassung der lex 63 ist nun folgende: Macer hat bei Aufstellung des Grundsatzes, dass das Urtheil in gewissen Fällen erweiterte Rechtskraft hat, garnicht daran gedacht, diesen Fällen künstlich ausgeklügelte Voraussetzungen unterzuschieben. Ihm hat lediglich das von uns oben erörterte Institut der laudatio auctoris vorgeschwebt. Und gerade aus dem von Macer so oft wiederholten „scire“ geht hervor, dass dem Auktor der Prozess verkündet worden ist; und wenn dann Macer sagt, das Urtheil schadet in gewissen Fällen auch Dritten, so meint er die Fälle, dass im Eviktionsprozess der durch litisdenuntiation benachrichtigte Auktor den Prozess an Stelle des in erster Linie zur Klage und Vertheidigung berufenen Successors als Prokurator geführt hat: „cum quis de ea re, cuius actio vel defensio primum sibi competit, sequenti agere patiatur.“ Dies erhellt namentlich aus den Beispielen, denn Macer führt aus: die erweiterte Rechtskraft greift Platz, wenn der Pfandgläubiger den Pfandschuldner über das Eigenthum der Pfandsache streiten lässt, wenn der Ehemann die Ehefrau oder den Schwiegervater über das Eigenthum der „dos“, wenn der Käufer den Verkäufer über das Eigenthum der Kaufsache streiten lässt. Es ist doch klar, dass der Pfandschuldner, die Ehefrau oder der Schwiegervater und der Verkäufer die Auktoren sind. Wenn nun der Successor klagt oder verklagt wird, so bestellt er seinen Auktor zum Prokurator (die Bestellung kann man wohl aus dem „pati“ und „voluntas“ der Stelle schliessen). Der Auktor wird auch stets in der Lage sein, den Prozess besser zu führen als der Successor, da er doch den Ursprung des Rechtes an der Sache weit besser kennt, als

der Successor. Ausserdem hatte der Successor durch diese Bestellung den Vortheil, dass er vom ganzen Prozess entbunden wurde, jedoch jederzeit dem Auktor beistehen konnte „causae adesse.“ Schliesslich erhielt sich der Successor hierdurch die Sache. Denn die condemnatio war auf den Prokurator gestellt; da dieser die Sache garnicht hatte, also dem Restitutionsbefehl nicht Folge leisten konnte, so wurde er in die litis aestimatio verurtheilt. Die Summe musste der Auktor zahlen. In diesem Sinne sagt Julian l. 21. § 2 D. 21. 2. „. . . . si emptor hominis mota sibi controversia venditorem dederit procuratorem isque victus litis aestimationem sustulerit, stipulationem duplae non committi, quia nec mandati actionem procurator hic idemque venditor habet, ut ab emptore litis aestimationem consequatur: cum igitur neque corpus neque pecunia emptori absit, non oportet committi stipulationem: quamvis, si ipse iudicio accepto victus esset et litis aestimationem sustulisset, placeat committi stipulationem, ut et ipse Julianus eodem libro scripsit, neque enim habere licet eum, cuius si pretium quis non dedisset, ab adversario auferretur: prope enim hunc ex secunda emptione, id est ex litis aestimatione emptori habere licet, neque ex pristina.“

Bringt man diese Stelle in Zusammenhang mit l. 63 D. 42. 1, so kommt man, um sich die erweiterte Rechtskraft des Urtheils in dem Beispiel von dem Pfandgläubiger zu erklären, zu folgender Annahme: Die Pfandsache ist auf irgend eine Weise in die Hand eines Dritten gekommen. Der Pfandgläubiger mandirt nun dem Verpfänder, als procurator in rem suam, die actio hypothecaria. Der Verpfänder tritt als Kläger auf, wird aber abgewiesen. Dann steht einer Klage des Pfandgläubigers das Urtheil als res iudicata entgegen.

Man kann aber auch annehmen, dass der Pfandgläubiger die Sache dem Verpfänder herausgegeben hat, damit er sie im Eigenthumsprozess vertheidige. Unterliegt der Verpfänder in diesem Prozesse, dann steht das Urtheil auch dem Pfandgläubiger entgegen.

Wir wollen noch kurz einige der wichtigsten abweichenden Auslegungen der lex 63 cit. betrachten.

Windscheid I. Bd. VII. Aufl. § 132 führt aus: „Dritten kann das Urtheil weder in seiner negativen Wirkung noch in seiner positiven entgegengesetzt werden. Die Dritten müssten dann das Urtheil als für sich wirkend anerkannt haben, was nicht bloss ausdrücklich, sondern auch stillschweigend geschehen kann.“ Diese Ausführung halte ich in Bezug auf lex 63 für unzutreffend. Von einer Anerkennung des Urtheils seitens des Successors kann hier keine Rede sein, geschweige denn von einer stillschweigenden Anerkennung. Denn Macer spricht von „scire, pati, voluntas,“ und diese Ausdrücke deuten darauf hin, dass der Successor den auctor durch litisdenuntiation herbeigerufen hat, und letzterer den Prozess geführt hat. Dann muss der Successor auch das Urtheil als gegen sich wirkend anerkennen, ganz gleichgültig, ob er will, oder nicht.

Einige Rechtslehrer wollen die ganze Regel der lex 63 erweitern und nicht nur auf die daselbst angeführten Beispiele beschränken.

So Savigny System VI p. 476, indem er von „Mitbetheiligten“ spricht, ferner Brackenhöft, Identität der Rechtsverhältnisse S. 196, der die Regel auch auf den Superfiziar, Emphyteuta und Vasallen ausdehnen will; ferner auch Sintenis, Civilrecht p. 344 (22). Diese Auffassung wird zwar von Binder (subjektiven Grenzen der Rechtskraft p. 34) u. Bindig i. Archiv. f. civ. Pr. Bd. 47 in scharfer Weise angegriffen, doch meines Erachtens mit Unrecht. Auch ich möchte die Regel erweitern, allerdings erst nach genauer Untersuchung, ob der Prozessführende thatsächlich der Auktor d. h. Rechtsvorgänger ist und ob er von denjenigen „cui primum actio competit“ zum Prokurator bestellt ist. Trifft dies zu, dann ist auch die Regel der l. 63 auf den Fall anzuwenden. Soviel über andere Auslegungen der l. 63.

Während also die laudatio auctoris ursprünglich ein

bestimmter Akt der Litisdenuntiation war, gebrauchte man den Ausdruck l. a. später ohne allen Rückhalt an den Quellen, als gleichbedeutend mit nominatio auctoris, der sog. Benennung des Auktors.

Dieser Sinn der laudatio auctoris ist dann gang und gebe geworden, obwohl gerade die grundlegende Quellenstelle für die Benennung des Auktors, l. 2 C. 3 19, von „dominum nominare“ spricht. Die älteren Prozessualisten haben die beiden Ausdrücke „laudare“ und „nominare auctorem“ streng geschieden. Foerster — proc. iud. cam. Tit. 259 p. 1124 — sagt nämlich; „Auctoris laudatio nihil aliud est, quam dicere titulum suae possessionis et autorem, unde quis causam habet, nominare. Laudatio tamen auctoris et nominatio inter se differunt. Auctoris enim laudatio fit ab eo, qui rem suo nomine, nominatio, vero ab eo qui alieno nomine possidet.“ Diese Definition halte ich für völlig richtig und überzeugend. Denn in unseren oben citirten Quellenstellen, l. 63 § 1, D. 21, 2; l. 6 § 5 D. 19, 1; l. 7, 14 C. 8. 45, ist nur vom possessor suo nomine die Rede und dieser stellt die laudatio auctoris an; während die gesetzliche Grundlage der später sog. Benennung des Auktors l. 2 C. 3 19 einzig und allein dem alieno nomine possidens, der mit der Revindikatio belangt wird, das Rechtsmittel der nominatio auctoris giebt.

Konstantin hat zwar in der in l. 2 C. 3. 19 aufgenommenen Verordnung den Grund gelegt zu der später üblichen Bedeutung der l. a.; jedoch hat er damit kein neues Rechtsinstitut gebildet. Vorher bestand die l. a. in einem engeren Sinne des Wortes auctor, im Sinne von Rechtsvorgänger. Konstantin hat in seiner Verordnung nur einen besonderen Fall der l. a. statuiert. Er hat den Begriff auctor erweitert und mit dem auctor auch den Vorgänger der thatsächlichen Innehabung einer Sache bezeichnet.

Die lex 2 geht von dem Falle aus, dass ein „alieno nomine possidens“ mit der Revindicatio belangt wird. Es ist daher für uns unbedingt erforderlich, zunächst einmal

festzustellen, ob die R. V. überhaupt gegen einen alieno nomine possidens angestrengt werden durfte, oder ob in dieser lex nur ein spezieller Fall für die Anwendung der R. V. geschaffen worden ist.

Zwischen den römischen Juristen Pegasus und Ulpian bestand ein Streit über die erste Frage! Ulpian übermittelt uns die Meinung des Pegasus, schliesst aber seine Ansicht sofort an. Er sagt nämlich (l. 9 D. 6. 1): „Officium autem iudicis in hac actione erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere qui non obiecit aliquam exceptionem.

Quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi. Denique ait ab eo, apud quem deposita vel commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset, vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. Puto autem ab omnibus qui tenent et habent restituendi facultatem peti posse.“ Pegasus meint also, dass nur der juristische Besitzer, also derjenige, dessen Besitz den Schutz der interdicta retinendae possesionis geniesse, mit der R. V. belangt werden könne. Gegen einen Depositar, Kommodatar, Miether etc. greife sie nicht Platz, weil diese garnicht besitzen.

Ulpian dagegen sagt am Eingang der Stelle, es kommt auf den Grund des Besitzes nicht an, sondern „ab omnibus qui tenent et habent restituendi facultatem peti posse.“

Diesen offenbaren Widerspruch zwischen Pegasus und Ulpian hat man nun zu vereinen gesucht. Glück Komm. VIII. § 586 zog zu dem Zweck einen Ausspruch des Furius Anthianus heran, der in l. 80 D. 6. 1 folgendermassen aufgenommen ist: „In rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere se non possidere, ita ut, si possit adversarius convincere, rem ab adversario possi-

deri, iransferat ad se possessionem per iudicem, licet suam esse non adprobaverit.“

Glück erklärt also Ulpians Ausspruch durch den Anthians. Nach Anthian, meint er, stünde es fest, dass man die R. V. durch die Einrede, man besitze nicht für sich, abwehren könne. Daher habe Ulpian nur soviel sagen wollen; „dass, wenn der Beklagte, ohne einen Auktor zu benennen, auf dessen Namen er besitzt, in iure, d. i. vor Gericht, geradezu sagt, er besitze die in Anspruch genommene Sache, so habe die Klage gegen ihn statt, er sei nun entweder wirklich der Besitzer im juristischen Sinn, qui animo sibi habendi rei incumbit, oder ein blosser detentor, oder habe auch nicht einmal die körperliche Detention der Sache, denn er wird hier als ein solcher angesehen, qui liti se offert.“

Einen anderen Vereinigungsversuch finden wir bei Emminghaus (Zeitschr. f. Civ. u. Proz. N F 18 p. 433). Dieser fasst Ulpians Ausspruch als Berichtigung und Ergänzung dessen auf, was Pegasus und dessen Anhänger gelehrt hatten. Ulpian habe nur gesagt, dass die R. V. gegen den angestrengt werden könne, der die aktuelle Detention der Sache habe. Der Kläger brauche neben seinem Eigenthumsrecht nur dieses thatsächliche Innehaben zu beweisen. Dabei muss er sich auf die Einrede des Beklagten se non possidere gefasst machen. Schützt der Beklagte diese Einrede nicht vor, so kann er natürlich, als ob er sich den Besitz zuschreibt, verurteilt werden. Entäussert er sich im Laufe des Streites der Detention durch Zurückgabe der innegehabten Sache an den Auktor, so ist er als fictus possessor zu verurteilen. In diesem Sinne könnte also die R. V. gegen einen blossen Detentor angestrengt werden.“

Was man auch von diesen Vereinigungsversuchen als solchen halten mag, so möchte ich nur behaupten, dass dabei der Meinung des Pegasus und Ulpians eine viel zu künstliche Auslegung zu teil geworden ist. Denn Pegasus sagt ganz klar, die R. V. kann nur gegen den juristischen

Besitzer angestrengt werden, nicht gegen den Detentor. Ulpian dagegen sagt ganz allgemein, auf den Grund des Besitzes kommt es nicht an, sondern auf die thatsächliche Möglichkeit der Restitution. Er widerspricht also Pegasus insofern nicht, als er den juristischen Besitzer als selbstverständlich zur Klage passiv legitimiert ansieht. Der Ansicht aber des Pegasus, dass die R. V. gegen den Detentor nicht angestrengt werden könne, widerspricht er aufs schärfste mit den Worten: „puto autem ab omnibus qui tenent et habent restituendi facultatem peti posse.“ Dieser Widerspruch der beiden Ansichten lässt sich meines Erachtens nicht vereinen; ich schliesse mich der Meinung an, dass die Ausführung des Pegasus in früherer Zeit massgebend war;[3]) durch Ulpian aber die richtige Ansicht zur Aufnahme gelangte, dass die R. V. auch gegen den Detentor durchführbar sei!

Anthians Ausspruch enthält von einem Detentor überhaupt nichts. Es heisst da ganz allgemein „se non possidere.“ Ich glaube daher, dass se possidere nur die Behauptung enthält, man habe die Sache überhaupt nicht. Sonst hätte der Schluss der Stelle auch keinen Sinn, wenn die translatio possessionis vom Beweis des Gegners, dass der Leugnende doch besitzt, abhängig ist.

Man könnte nun meinen, dass die Pegasianische Auffassung in der Praxis Härten hervorrufen musste. Denn wenn nur der juristische Besitzer zur R. V. passiv legitimiert war, so war es doch für den Kläger oft schwer, den wahren Beklagten herauszufinden. Hier kamen dem Kläger nun die interrogationes in iure zu Hülfe. Denn vermittels derselben konnte er den Detentor zum Benennen des jur. Besitzer zwingen.

---

[3]) Die Ansicht des Pegasus stützte sich auf den Sakramentsprozess und ist nur als ein Rest der Doppelseitigkeit der R. V. in diesem Prozesse anzusehen. Der Kläger, als auch der Beklagte, stellten bei der vindicatio im Sakramentsprozess die Behauptung auf: „hanc rem meam esse ex iure Quiritium“. Daher hat Pegasus wohl angenommen, die R. V. gehe nur gegen den juristischen Besitzer.

In den Digestentiteln XI, 1. fr. 6 § 1, fr. 9 § 3, fr. 9 § 6, fr. 9 § 7, fr. 11 ist von cogi die Rede! Dies ist nur so zu verstehen, dass der Beklagte zu antworten gezwungen wurde. Siehe Leonhard, Erbschaftsbesitz S. 38. Auch Mittermaier ist der Ansicht, dass der römische Prozess mit seiner mündlichen Verhandlung und den üblichen interrogationes in iure dem Kläger ein leichtes Mittel gegeben hätten, den rechten Beklagten zu erfahren.

Durch Ulpians Entscheidung, dass der Detentor, sofern er also restituendi facultatem habe, sich auf den Prozess einlassen müsse, wurde dem Kläger der Prozessweg noch erleichtert, dafür aber die Lage des Beklagten verschlechtert. Denn letzterer war gezwungen, eine fremde Sache zu verteidigen. Diese Misstände erforderten eine dringende Abhülfe. Und es entstand die Frage: Wie kann man es dem Detentor ermöglichen, von einem gegen ihn angestrengten Prozesse freizukommen, und wie ist der misslichen Lage des Auktors abzuhelfen, damit dieser fortan den Prozess als Partei übernehmen kann?

Diese Fragen fanden ihre Beantwortung in einer Verordnung Kaiser Konstantins vom Jahre 331. Konstantin hat in dieser Verordnung die einzige gesetzliche Grundlage der später unter dem Namen laudatio sive nominatio auctoris bekannten Benennung des Auktors geschaffen. Diese Verordnung ist in l. 2 C. 3. 19 aufgenommen und lautet folgendermassen:

„Si quis alterius nomine quolibet modo possidens immobilem rem litem ab aliquo per in rem actionem sustineat, debet statim in iudicio dominum nominare, ut, sive in eadem civitate degat sive in agro sive in alia provincia sit, certo dierum spatio ab iudice finiendo eoque ad notionem eius perducendo, vel ipse in locis in quibus praedium situm est perveniens vel procuratorem mittens auctoris intentiones excipiat. Si vero post huiusmodi indultum tempus minime hoc quod dispositum est facere maluerit, tamquam lite quae ei ingeritur ex die, quo possessor ad iudicium vocatus est, ad interrumpendam longi temporis praescriptionem

contestata iudex utpote domino possessionis nec post huiusmodi humanitatem sui praesentiam faciente, edictis legitimis proponendis eum citare, curabit et tunc in eadem voluntate eo permanente negotium summatim discutiens in possessionem rerum actorem mitti non differet, omni adlegatione absenti de principali quaestione servata."

Es ist hierin kurz gesagt, dass jeder, welcher auf irgend eine Weise im Namen eines andern eine unbewegliche Sache besitzt und mit einer R. V. belangt wird, sofort in iudicio seinen Auktor benennen soll, damit dieser den Prozess übernehme. Wenn aber der Auktor durchaus nicht erscheint, dann soll nach summarischer Beurteilung der Kläger in den Besitz eingewiesen werden.[4])

Bei genauer Betrachtung der lex 2 drängen sich zunächst folgende Fragen auf:

Ist in lex 2 ein Zwang in dem debet für den possessor alieno nomine ausgesprochen, oder ist es seinem Belieben überlassen, den Auktor zu benennen?

Was ist die nominatio auctoris im prozessualen Sinne? und ist ihre Anwendbarkeit auf Immobilien beschränkt?

Diese Fragen müssen wir zunächst beantworten, ehe wir uns eine Vorstellung von der Handhabung der nominatio auctoris machen können!

---

[4]) Diese Verordnung ist auch in das kanonische Recht übergegangen, zwar nicht wörtlich, wie Linde (Abh. a. d. gem. Civpr. Bd. 1 p. 131) annimmt, jedoch inhaltlich unverändert. Cp. 5 § 7 X ut lite non contestata II 6 besagt nämlich: „Quodsi super rebus immobilibus quisquam conveniatur, qui eas possidet nomine alieno, debet statim in iudicio dominum nominare, certo dierum spatio a iudice statuendo, eoque ad eius notitiam perducendo, ut vel ipse veniens, vel idoneum dirigens responsalem, actoris intentionem excipiat. Si vero post tempus indultum, quod dispositum est, noluerit adimplere, tamquam lite, quae ingeritur, ex eo die, quo possessor ad iudicium vocatus est, ad interrumpendam praescriptionem longi temporis contestata, dominum possessionis iudex tribus edictis legitimis evocabit: et tunc ipso in eadem voluntate manente, negotium summatim examinans, in possessionem ipsarum rerum actorem mittere non tardabit, omni allegatione absenti super principali quaestione reservata."

Unsere Quellenstelle sagt am Eingang: alterius nomine possideus debet statim in iudicio dominum nominare. Die Juristen haben nun das debet zu nominare gezogen und daher die Frage aufgeworfen, ob in dem debet ein Zwang zur Nomination liege, oder ob es der Willkür des Detentors überlassen sei a. l. Wirsing (über das Wesen und die prozessuale Natur der nominatio auctoris S. 33) nimmt hier eine „Verpflichtung" zur Benennung an. Er stützt seine Meinung auf die Gothofred'sche Note: „possessor alienae rei conventus non tantum potest, sed etiam tenetur, rei dominum nominare;" und auf Schrödter (discursus iuridicus de litis denuntiatione et nominatione domini. Helmestadi 1668 cp. IV. thes. X.): „non enim in possessoris seu detentoris arbitrio positum est, utrum dominum nominare velit, nec ne, quod vocula „debet" quae necessitatis nota est, satis innuit." Wirsing erklärt sodann die Verpflichtung zur Nomination als bedingt durch ihren Zweck, da die Nomination der Sicherung des juristischen Besitzes dienen soll." Mittermaier a. a. O. p. 403 nimmt ebenfalls eine Verpflichtung zur Nominatioe an:

„Dadurch nämlich, meint er, dass die interrogationes ausser Uebung kamen, welche es früher leicht gemacht hätten, den wahren Beklagten zu ermitteln, sei die Rolle des Klägers erschwert worden. Und deshalb verpflichte jetzt Konstantins Verordnung zur Benennung."

Auch Glück (Komm. VIII. p. 197) Zimmern (röm. Privatr. Bd. III. § 29) von Vangerow (Leitfaden Bd. I p. 575) sprechen von einem prozessualen Zwange zur Nomination.

Andere Schriftsteller wiederum legen dem debet die Bedeutung von potest bei! Sie stützen sich darauf, dass schon die Glosse zu dieser Konstitution (Accursius in c. 2 C. cit. Bartolus in dist. constit. No. 16) das debet gleich potest erachtet hat; und dass sehr viele andere römische Gesetzesstellen — z. B. l. 17 § 3, l. 39 D. 1, 7; l. 4 § 6 D. 1, 16; l. 1 pr. D. 28 5 — debet als gleichbedeutend mit dem fakultativen potest gebraucht haben. So Emming-

haus (i. Zeitschr. für Civ. u. Pr. N. F. 18 S. 447), Linde (Abhandl. S. 132) und Flach (Zeitschrift für Civ. u. Pr. Bd. 17 p. 158).

Meines Erachtens haben die Rechtslehrer die Bedeutung des debet in unserer Stelle verkannt. Das debet muss nicht zu nominare, sondern zu statim bezogen werden. Denn da der detentor der rechte Beklagte bei der R. V. war, so konnte auch Konstantin denselben niemals zu einem Rechtsmittel zwecks Befreiung vom Prozesse zwingen. Konstantin hat dem detentor freigestellt, von der l. a. Gebrauch zu machen. Aber wenn der detentor dieses Rechtsmittel nun anwendet, dann muss er es statim thun, widrigenfalls er damit nicht mehr gehört wird! Nur so ist das debet zu verstehen.

Die Neuerung, welche Konstantin einführte besteht lediglich darin, dass er die früher übliche Privatladung des Auktors in eine gesetzliche umwandelte „edictis legitimis proponendis citare."

Wenn nun Konstantin sagt: „debet statim in iudicio dominum nominare," so ist damit auch der Zeitpunkt der nominatio fixiert. Emminghaus (Zeitschr. f. Civr. u. Proz. N. F. 18 p. 426) meint zwar: „da nun zur Zeit, als Konstantin seine Verordnung erliess, die Einleitung des Prozesses noch mit der denuntiatio oder editio rescripti anhob (vergl. Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung und Prozess des sinkenden römischen Reichs § 21 S. 257 fg.; Zimmern, der römische Civilprozess bis auf Justinian § 143; Planck a. a. O. S. 143 not. 28), so wird anzunehmen sein, dass Konstantin die Nomination jedenfalls vor der ersten in der Sache anbezielten terminlichen Verhandlung — vor der ersten cognito — habe eingebracht wissen wollen." Diese Ausführung scheint jedoch nicht überzeugend. Denn zu Konstantins Zeiten waren die denuntiatio und rescripti editio nicht die einzigen Fälle der Prozesseröffnung, vergl. die von Emminghaus angeführten Schriften. Meines Erachtens soll „in iure" wohl nur heissen „ante litis contestationem"; die l. a. sollte wohl nur ebenso wie die exceptiones

dilatoriae hinsichtlich des Zeitpunktes, in dem sie spätestens vorgebracht werden mussten, behandelt werden.

Wir kämen nun zu unserer zweiten Frage, nach der prozessualen Natur der laudatio auctoris. Auch diese Frage hat die verschiedensten Beantwortungen erfahren. Glück, Brackenhöft, Schmid und Wirsing halten die l. a. für eine Einrede, Gönner, Mittermaier für eine sog. exceptio deficientis legitimationis ad causam, Linde für ein qualifiziertes Geständniss. Betrachten wir daher die wichtigsten dieser Auffassungen.

Mittermaier a. a. O. S. 401 schreibt der l. a. eine zweifache Natur zu. Zunächst ein negatives Moment, insofern als der Beklagte erklärt, er sei nicht der rechte Beklagte. Diese Erklärung sei nur eine sog. exceptio deficientis legitimationis ad causam, also ebensowenig als diese, eine wahre exceptio.

Der zweite Theil der l. a. bestehe in der Benennung des Auktors, und dieser lege dem Beklagten einen positiven, an sich widerrechtlichen Zwang auf. Es wäre also nach Mittermaiers Ausführung die l. a. nichts anderes als eine negative Litiskontestation.

Einen anderen Gesichtspunkt für die prozessuale Natur der l. a. giebt Gensler ibid. S. 421. Er nennt die l. a. ein qualifiziertes Geständniss, das eine Mischung sei von Geständniss, Verneinung und Einrede. Er gliedert die Antwort des Beklagten in drei Theile. Zuerst soll der Beklagte antworten, „ich besitze“ d. h. rein äusserlich — dies wäre also nach Gensler das Geständniss — dann soll er sagen „ich besitze nicht“ (als Civilbesitzer) dies also die Verneinung — und schliesslich soll er sagen: „ich habe die Qualität eines Pachters des N. und dies sei dann eine ausser dem Gebiete der vom Kläger behaupteten thatsächlichen Verhältnisse liegende Behauptung, mithin eine Einrede.“ Diese Auffassung dürfte wohl etwas gekünstelt sein, und im Grunde genommen nichts anderes besagen, als Mittermaiers Ausführung, denn in der Antwort „ich besitze,“ liegt notwendig auch der Zusatz „aber nicht als

Civilbesitzer.“ Und diese Antwort wäre dann die sogenannte exceptio legitimationis deficientis ad causam. Die Antwort „ich bin Pachter des N.“ würde dann die eigentliche Benennung des Auktors sein, also das positive Moment Mittermaiers.

Einen ähnlichen Standpunkt wie Gensler vertritt Emminghaus, der die l. a. „ein qualifizirtes Anführen“ nennt. Bolgiano (gesamm. Abhandlg. p. 2) behauptet „man sei jetzt darüber einig, dass die l. a. eine Einwendung sei, worüber weder den Kläger noch den Beklagten die Beweislast trifft.“ Doch scheint mir dies doch nicht so einwandsfrei zu sein.

Andere Rechtslehrer wiederum halten die l. a. für eine Einrede. So Glück (Kom. VIII p. 199) Brackenhöft (Erörterungen § 117) Schmid (Handbuch I p. 173) u. a. Wirsing (a. a. O. p. 44) zählt die l. a. zu den dilatorischen Einreden, indem er zur Begründung anführt: „der Belangte, der einen Anderen als den rechten Beklagten bezeichne, erstrebe hiermit, ohne den klägerischen Anspruch weiter zu berücksichtgen, nur Befreiung vom Streite, seine Behauptung beziehe sich nur auf die Art der Prozessführung, und habe auch, ohne dass der Detentor eine Freisprechung von der Klage erreicht, nur die prozessualische Wirkung, dass bei Fortsetzung des Prozesses sich nunmehr der Kläger an den benannten Dritten zu wenden habe.“

Zugegeben, dass alles dies auf die l. a. zutrifft, so muss man doch sagen, dass das Gesagte nicht das Wesen einer Einrede ausmacht; da eine solche doch in erster Linie den klägerischen Anspruch zu entkräften sucht, was bei der l. a. durchaus nicht bezweckt ist.

Wir können uns nun keiner der angeführten Ansichten über die prozessuale Natur der l. a. anschliessen, denn wir stehen auf dem Standpunkt, dass also der Detentor zur R. V. passiv legitimirt ist, aber durch Benennung des Auktors vom Prozess frei wird. Es wäre also widersinnig, in der l. a. eine exceptio deficientis legitimationis ad causam zu sehen.

Andererseits sagt lex 2 ganz klar „. . . debet statim in

iudicio dominum nominare, ut actoris intentiones excipiat.“ Daraus geht hervor, dass der Beklagte ohne Urteil und ohne irgend einen Beweis zu führen aus dem Prozesse ausscheidet. Er will nicht etwa Abweisung der Klage, sondern lediglich will er den Prozess von sich ablenken. Aus diesem Grunde kann die l. a. auch keine Einrede sein, da durch Einrede selbständige Behauptungen oder Thatsachen geltend gemacht werden, welche eine Abweisung der Klage bezwecken und welche im Bestreitungsfalle der Beklagte zu beweisen hat. Alles dies trifft bei der l. a. nicht zu.

Nun haben wir oben gezeigt, dass der Detentor zur l. a. nicht gezwungen werden kann. Daraus entnehmen wir, dass die l. a. lediglich eine Rechtswohlthat für den Detentor war. Und wir sagen daher, die l. a. ist ein beneficium ex lege 2. Cod. 3. 19.

Wenn nun auch lex 2 nur von unbeweglichen Sachen spricht, so ist aus dem Gesetz kein Grund ersichtlich, weshalb man die l. a. nicht auch bei beweglichen Sachen anwenden kann. Die Grundlage der l. a., die possessio alterius nomine, wird stets die nämliche bleiben. Wir können uns daher ohne weiteres den Rechtslehrern anschliessen, welche die Ausdehnung der l. a. auf bewegliche Sachen aussprechen. Siehe Glück a. a. O. 200; Gesterding a. a. O. S. 318; Bayer a. a. O. 62; Mittermaier a. a. O. S. 404 u. a.

Unsere bisherige Darstellung behandelte lediglich die l. a. bei einer dinglichen Klage, der R. V. Wir müssen daher zusehen, ob die l. a. auch auf persönliche Klagen Anwendung findet. Gönner (Handbuch II p. 166) nimmt dies ohne weiteres an und führt sogar einige Beispiele an, aus welchen erhellen soll, dass die l. a. bei persönlichen Klagen zu Recht besteht. Auch Linde a. a. O. p. 135 und Langenu u. Kori a. a. O. Abh. XIII sind derselben Ansicht.

Diese Auffassung scheint uns nicht ohne weiteres richtig

zu sein. Zunächst spricht das Gesetz selbst nur von actio in rem; will man nun eine analoge Ausdehnung der l. a. auf persönliche Klagen fordern, so muss man zum mindesten Gleichheit des Grundes feststellen können. Die Grundlage der l. a. ist der Besitz. Es muss also die Klage materiell gegen den Besitzer einer Sache als solchen gerichtet sein. Falls dies also bei einer persönlichen Klage der Fall ist, dann kann die l. a. auch mit vollem Recht angewandt werden. Nun giebt es aber nur wenige persönliche Klagen, welche gegen den alieno nomine possidens gerichtet sind. Meines Erachtens könnte man hierzu nur die actiones in rem scriptae und die actio finium regundorum zählen. Bei allen anderen persönlichen Klagen ist eine l. a. unstatthaft, da dieselben nicht gegen den Besitzer als solchen gehen. So richtet sich z. B. die Spolienklage gegen denjenigen, der sich eigenmächtig den Besitz angeeignet hat; das interdictum unde vi gegen den dejicienten u. s. w.

Wir können also sagen: grundsätzlich ist die l. a. auf dingliche Klagen beschränkt und erst eine genauere Untersuchung ergiebt, ob sie auch bei persönlichen Klagen Anwendung findet.

Unsere obigen Ausführungen behandelten die hauptsächlichsten Streitfragen, welche durch lex 2 C. 3 19 hervorgerufen waren. Wir wollen nun noch kurz betrachten, wie nach Einführung der lex 2 die l. a. in der Praxis gehandhabt wurde. Die Benennung des Auktors ging folgendermassen vor sich:

Der beklagte Detentor sagte sofort im Anfang des Prozesses, er sei nur alieno nomine possidens, und benannte den X. als Auktor, ohne dass letztere Behauptung eines Beweises bedurfte. Nun wurde vom Richter eine Zeit festgesetzt, innerhalb welcher der Auktor benachrichtigt wurde, und in den Prozess als Beklagter eintreten sollte. Der Detentor wurde vom Prozess frei. Erschien nun der Auktor, so wurde der Prozess mit ihm zu Ende geführt. Erschien er aber in der festgesetzten Zeit nicht, dann

wurde er, „edictis legitimis proponendis“ citirt[5]) und wenn er auch dann noch nicht erschien, so wurde nach vorhergehender Prüfung der Sachlage — summatim discutiens[6]) — die missio in possessionem vorgenommen. Natürlich stand es dem Auktor nun frei, sein Eigenthumsrecht gegen den Eingewiesenen geltend zu machen — omni adlegatione absenti de principali quaestione servata.

Zum Schluss unserer Abhandlung wollen wir kurz betrachten, ob das heutige Civilprozessrecht eine laudatio auctoris im Sinne Konstantins kennt. Es ist wohl unzweifelhaft, dass die heutige Lehre von der Benennung des Auktors auf römischer Grundlage beruht und dass die römische laudatio auctoris das Vorbild für die Fortpflanzung der laudatio auctoris gewesen ist. Historisch lässt sich dies sehr wohl begründen.

Zunächst ist Konstantins Verordnung vom Jahre 331 in das Corpus iuris civiles in l. 2 C. 3. 19 übergegangen. Diese Bestimmung ist dann von Innocenz III. in einer Dekretale wieder aufgenommen, und als solche mit geringen Abweichungen von lex 2. C. — inhaltlich unverändert — in das corpus iuris canonici als c. 5 § 7 X ut lite non cont. 2, 6, aufgenommen. Die akkursische Glosse hat sich dann mit der l. a. der l. 2. C. 3. 19 beschäftigt, und zu

---

[5]) Ueber die Bedeutung des Ausdruckes „edictis legitimis proponendis citare“ vergl. die ausführliche Abhandlung Wiedings. (Der justinianeische Libellprozess, S. 640 ff.)

[6]) Ein näheres Eingehen auf die Bedeutung des „summatim discutiens erübrigt sich für uns insofern, als durch Brieglebs (summarische Prozesse p. 289) glänzende Ausführung die Bedeutung dieser Redewendung klargelegt ist. Wir können uns nur Briegleb anschliessen und sagen: „negotium summatim discutiens“ bezeichnet die dem Missionsdekret vorangehende Prüfung der Sachlage von dem ausschliesslichen Gesichtspunkt, ob dieselbe dazu angethan ist, um nunmehr mit der Zulassung des Klägers zum Besitz der Sache vorbehaltlich des Rechtes des angeblichen Dominus possessionis vorgehen zu können.“

den Worten „quolibet modo“ die Bemerkung hinzugefügt: „ut commodatarius rei immobilis, vel colonus, vel inquilinus qui non habet ius in re. Et dic idem in eo, qui habet ius in re . . . . ut . . . vel quocunque modo teneat nomine alterius.“ Die Reception brachte die laudatio auctoris nach Deutschland, und die verschiedensten Gesetzentwürfe sprechen von einer laudatio auctoris. So die fürstlich Hessische Pr. O. von 1724 im IV. Titel § 14; die allgemeine G. O. für die preuss. Staaten vom 6. Juli 1793 im I. Teil 17. Titel § 34—41. Die Hannöversche C. P. O. vom 8. XI. 1850, der sogenannte Hannöversche Entwurf von 1869 § 113 und 114, ferner der Entwurf einer Deutschen C. P. O von 1871, die beiden folgenden Entwürfe von 72 und 74; sodann die R. C. P. O. vom 30. Januar 77 und schliesslich die neue C. P. O. vom 17. Mai 1898.

Das Institut der laudatio auctoris hat sich also Jahrhunderte lang erhalten und fortgepflanzt, und daraus kann wohl gefolgert werden, dass es „seine historische Wurzel“ im römischen Recht hat. Schultze (Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung I. Teil p. 571 Anm. 2) meint zwar, die Wurzel der l. a. liege im Deutschen Recht in dem „Ziehen auf den Gewähren,“ dies scheint uns jedoch nicht einleuchtend. Denn alle Prozessualisten sowohl des 17. Jahrhunderts als auch der Neuzeit, behandeln die l. a. auf der Grundlage der l. 2 C. 3. 19 und es ist uns keine weitere Litteratur bekannt, welche die l. a. aus dem Deutschen Recht ableitet.

Die Reichscivilprozessordnung vom 30. Januar 1877 hat die ganze Lehre von der Benennung des Auktors in einem Paragraphen zusammengefasst, dies ist § 73. In diesem Paragraphen ist derselbe Gedanke, welcher der lex 2 C. 3. 19 zu Grunde lag, zum Ausdruck gebracht. § 73 ermächtigt den Besitzer in fremdem Namen den Rechtsstreit auf den Auktor abzuwälzen, oder, falls dieser den Streit nicht übernehmen will, dem Klageantrag zu genügen. Uebernimmt nun der Auktor den Prozess, so wirkt das Urtheil auch gegen den Besitzer in fremdem Namen. Einen be-

sonderen Fall der laudatio auctoris hat die C. P. O. in § 237 zum Ausdruck gebracht. Hierin wird nämlich gesagt, wenn über das Bestehen eines Rechtes an einem Grundstück zwischen dem Besitzer und einem Dritten ein Rechtsstreit anhängig ist, so ist im Falle der Veräusserung des Grundstücks der Rechtsnachfolger berechtigt bezw. verpflichtet, den Rechtsstreit als Hauptpartei zu übernehmen. Hierin erblicke ich auch einen Fall der l. a. Während § 73 den Vorgänger der thatsächlichen Innehabung meint, ist in § 237 eine Anpassung an die Worte „immobilem rem" der lex 2 C. 3. 19 zu sehen. Der Rechtsnachfolger übernimmt hier den Prozess, jedoch mit dem Unterschiede von § 73, dass das Urteil dem Auktor gegenüber nicht Rechtskraft hat, sondern lediglich den Rechtsnachfolger betrifft.

Die neue Civilprozessordnung in der Fassung des Gesetzes vom 17. Mai 1898 hat in den §§ 76 und 266 dasselbe zum Ausdruck gebracht, was die §§ 73 und 237 der alten C. P. O. besagten. Nur die Fassung der §§ 76 und 266 ist den Vorschriften des B. G. B. angepasst. Neu hinzugekommen ist § 77. Dieser Paragraph ist nur eine Erweiterung des § 76 für den Fall, dass der Beklagte in Ausübung des Rechts eines Dritten eine Beeinträchtigung des Eigenthums oder Rechtes eines Eigenthümers vorgenommen hat. Dann kann der Beklagte den Dritten benennen; es greifen dann die Bestimmungen des § 76 Platz. § 77 ist also lediglich eine Anwendung des § 76 auf die §§ 1004 und 1027 B. G. B.

Der moderne Civilprozess schliesst sich also eng an die laudatio auctoris der l. 2 C. 3. 19 an. Wir finden aber keine Spur mehr von der altrömischen l. a. im Sinne der lex 63 D. 42 1. Und gerade die Uebernahme der l. a. im Sinne der l. 63 wäre für den modernen Civilprozess von wesentlichem Vorteil. Wir meinen, es könnte sehr wohl die laudatio auctoris im Sinne der l. 63 und im Sinne der lex 2 C. 3. 19 nebeneinander stehen.

Doch wird dieser Gedanke nicht sobald verwirklicht

werden, da die neue C. P. O. nur von einer l. a. im Sinne der l. 2 C. 3. 19 spricht.

Ein Seitenstück der älteren laudatio auctoris finden wir im französischen Recht in dem „appel du garant.“ Die Grundzüge dieses Instituts sind in einer „Ordonnance touchant la réformation de la justiçe“ Ludwig XIV. vom Jahre 1667 im VIII. Titel: „des garants“ geregelt worden. Auf dieser Ordonnance basirt der „Code de procédure civile“ und in den Artikeln 175—185 desselben finden wir das Verfahren bei der Garantieklage genau bestimmt.

Der Garantiekläger muss die Garantieklage in einer vorgeschriebenen Frist anstrengen: Art. 175: „Celui qui prétendra avoir droit d'appeler en garantie, sera tenu de le faire dans la huitaine du jour de la demande originaire, outre un jour pour trois myriamètres etc. . . . .“ Der Garantiebeklagte d. h. der Auktor ist dann an das Forum der Hauptklage gebunden, Art. 181: „Ceux qui seront assignés en garantie seront tenus de procéder devant le tribunal où la demande originaire sera pendante, encore qu'ils dénient être garants.“ Also selbst wenn sie bestreiten, die Auktoren zu sein. In dem Falle wurden beide Prozesse gleichzeitig verhandelt: Art. 180: „Si le demandeur originaire soutient qu 'il n'y a lieu au délai pour appeler garant, l'incident sera jugé sommoirement.“ Uebernimmt nun der Auktor den Prozess für den Garantiekläger, so scheidet letzterer aus dem Prozesse aus, falls er darum vor der Litiskontestation ersucht. Der Garantiekläger kann jedoch stets seinem Auktor assistiren. Art. 182; „En garantie formelle, pour les matières réelles où hypothécaires, le garant pourra toujours prendre le fait et cause du garanti, qui sera mis hors de cause, s'il le requiert avant le premier jugement. Cependant le garanti, quoique mis hors de cause, pourra y assister pour la conservation de ses droits, et le demandeur originaire pourra demander qu 'il y veste pour la conservation des siens.“ Das Urteil hat jedoch erweiterte Rechtskraft, es geht auch gegen den Vertretenen, nur die Kosten und die Schäden und Auslagen werden

gegen den Auktor exequirt; hat dieser nichts, dann gegen den Vertretenen. Art. 185: „Les jugements rendus contre les garants formels seront exécutoires contre les garantis. . . . A l'égard des dépens, dommages et intérêts, la liquidation et l'exécution ne pourront en être faites que contre les garants. Néaumoins, en cas d'insolvabilité du garant, le garanti sera passible des dépans, à moins qu 'il n'ait été mis hors de cause; il le sera aussi des dommages et intérêts, si le tribunal juge qu 'il y a lieu."

Litteratur-Verzeichniss.

Arndts Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. I. Bd. Stuttgart 1872.
Archiv für civilistische Praxis. Bd. 47. Binding.
Archiv für praktische Rechtswissenschaft. Bd. 2 u. 3. Fuchs.
Bayer, Vorträge über den ordentlichen Prozess. 7. Aufl. München 1835.
Bechmann, Kauf I. Erlangen 1884.
Bekker, Actionen II. Berlin 1873.
Bethmann Hollweg, Gerichtsverfassung und Prozess des sinkenden röm. Reichs. Bonn 1834.
Binder, die subjektiven Grenzen der Rechtskraft. Leipzig 1895.
Bolgiano, gesammelte Abhandlungen. München 1869.
Brackenhöft, Erörterungen. Leipzig 1842.
Briegleb, summarische Prozesse. Leipzig 1859.
Carré & Chauveau, Lois de la Procédure. Paris 1880—82.
Cicero pro Murena.
Cicero pro Caecina.
Cuiacius Tom. IX.
Danz, die auctoritas. Jena 1876.
Dernburg, Pandekten. V. Aufl. I. Bd. Berlin 1896.
Donellus, Tom. III und X.
Eck, die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums. Halle 1874.
Foerster, proc. iur. cam.
Fuchs, Lehre von der Litisdenuntiation. Marburg 1855.
Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen. Greifswald 1826.
Glück, Kommentar VIII. Erlangen 1807.
Gönner, Handbuch II. Erlangen 1801.
Heumann, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. Jena 1891.
Labeo (Pernice) I und III. Halle 1873.
Lenel, edictum perpetuum. Leipzig 1883.
Leonhard, Erbschaftsbesitz. Jena 1899.
Linde, Abhandlungen aus dem gem. Civilprozess. I. Bd. Bonn 1813.
Plank, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozessrecht. Göttingen 1844.
Puchta, Vorlesungen. VI. Aufl. I. Bd. Leipzig 1873/74.
Rudorff, E. P.

Savigny, System VI. Berlin 1847.
Schrödter, discursus iuridicus de litis denuntiatione et nominatione domini. Helmestadi 1668.
Schultze, Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung. I. Theil. Freiburg i. Br. 1883.
Schmid, Handbuch I. Kiel 1843.
Sintenis, Civilrecht. Leipzig 1868/69.
v. Vangerow, Leitfaden. I. Bd. Marburg und Leipzig 1863.
Wetzell, System des ordentlichen Civilprozesses. III. Aufl. I. Bd. Leipzig 1878.
Wieding, der justinianeische Libellprozess. Wien 1865.
Windscheid, Pandekten. V. Aufl. I. Bd. Stuttgart 1879.
Wirsing, über das Wesen und die prozessuale Natur der nominatio auctoris. Würzburg 1848.
Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. Bd. 17. Flach.
„ „ „ „ „ N. F. Bd. 18. Emminghaus.
Zimmern, römisches Privatrecht. III. Bd. Heidelberg 1826.
„ der römische Civilprozess bis auf Justinian. Heidelberg 1829.

Lebenslauf.

Am 21. Mai 1876 wurde ich als Sohn des Fürstlich Thurn und Taxis'schen Oberförsters Rudolph Thiele und dessen Ehefrau Marie geb. Vieweger zu Sophienau Kreis Adelnau geboren. Meinen ersten Unterricht genoss ich zu Haus durch Privatstunden. Im Jahre 1886 bezog ich das Gymnasium zu Krotoschin, welches ich im Jahre 1895 mit dem Zeugniss der Reife verliess. Das S. S. 1895 und W. S. 1895/96 studirte ich in Breslau, S. S. 1896 in München, W. S. 96/97, S. S. 97, W. S. 97/98, S. S. 98 in Breslau. Daselbst bestand ich am 3. Juli 1899 das Referendar-Examen und am 14. Juli 1899 das Rigorosum. Darauf trat ich den Vorbereitungsdienst für Referendare bei dem Amtsgericht Koschmin an und ging von dort an das Landgericht Ostrowo, woselbst ich mich noch jetzt befinde.

Referendar Thiele.